



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
SALA DE DECISIÓN No. 5

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja,

27 FEB 2019

<b>Demandante</b>	Daniel Hernández Manchay
<b>Demandado</b>	Municipio de Sogamoso - Fiduciaria la Previsora - FNPSM.
<b>Expediente</b>	156933331702-2012-00063-01
<b>Acción</b>	Nulidad y restablecimiento del derecho.
<b>Tema</b>	Revoca sentencia de primera instancia que negó pretensiones

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de agosto de 2014<sup>1</sup> por el Juzgado Primero de Administrativo descongestión de Duitama, en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. LA DEMANDA<sup>2</sup>

A través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del CCA, el señor DANIEL HERNÁNDEZ MANCHAY, presentó demanda en contra del municipio de Sogamoso y la Fiduciaria la Previsora, con la finalidad que se declare la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento de la pensión post – mortem de 18 años.

#### 1.1 Las pretensiones<sup>3</sup>

Solicitó el demandante se accediera a las siguientes pretensiones:

- Que se declare la nulidad de la resolución No 0207 de agosto de 2009, que negó el reconocimiento pensional referido, y de la resolución No 312 de noviembre de 2009, que resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior determinación.

<sup>1</sup> Folio 147-165

<sup>2</sup> Folio 3-12

<sup>3</sup> Folio 7-10



*Demandante: Daniel Hernández Manchay*  
*Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora*  
*Expediente: 156933331702-2012-00063-01*  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

A título de restablecimiento del derecho solicitó se procediera al reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de sobrevivientes, derivada del fallecimiento de la señora Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.), con fundamento en los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, en su condición de cónyuge supérstite.

Que se ordene el pago de las mesadas pensionales causadas y no pagadas desde el 14 de diciembre de 2008 (fecha de fallecimiento de la cónyuge) hasta el día en que efectivamente sea incluido en la nómina de pensionados.

Que las sumas adeudadas sean indexadas de acuerdo con el IPC certificado por el DANE.

Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad.

## **1.2 Hechos**

1. El 14 de diciembre de 2008, la docente LILIA ESPERANZA CAMARGO TORRES, falleció. Durante su vida laboral, prestó sus servicios al magisterio, desde el 22 de septiembre de 1993 y hasta la fecha de su fallecimiento.
2. El 12 de mayo de 1976, el señor DANIEL HERNÁNDEZ MANCHAY contrajo matrimonio católico con la señora LILIA ESPERANZA CAMARGO TORRES (q.e.p.d.) y desde esa fecha hasta su fallecimiento convivieron e hicieron vida material.
3. Por tal razón, el 16 de junio de 2009, el actor radicó en la secretaria de educación de Sogamoso la solicitud de pensión de sobrevivientes, en su condición de cónyuge supérstite.
4. Mediante la resolución No 0207 de agosto de 2009, el secretario de educación municipal (previo concepto de la Fiduprevisora SA), negó la pensión al señalar que la docente fallecida no había laborado al servicio del magisterio por más de 18 años.



*Demandante: Daniel Hernández Manchay*  
*Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora*  
*Expediente: 156933331702-2012-00063-01*  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

5. Contra la anterior determinación se interpuso recurso de reposición, señalándose que se debió tener en cuenta el tiempo laborado en la caja de previsión social de Boyacá y el ISS por la causante; tiempo acumulable conforme lo establece la ley 71 de 1988 y el artículo 33 de la ley 100 de 1993, al haberse realizado cotizaciones pensionales.
6. A través de la resolución No 0312 de noviembre de 2009, se resolvió de manera negativa el recurso interpuesto.

## 2. Contestación de la demanda

### a. MUNICIPIO DE SOGAMOSO – SECRETARIA DE EDUCACIÓN<sup>4</sup>

Se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que las mismas carecen de fundamentos de hecho y de derecho. En tal sentido consideró, que no se puede decretar la nulidad de los actos administrativos demandados, ya que cumplen con los elementos de existencia, validez y eficacia. Señaló que la resolución No 00207 de agosto de 2009, es un hecho jurídico emanado de una autoridad administrativa, y su naturaleza se concreta en una declaración especial unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la administración definió una situación como parte del poder público y su alcance.

Indicó que dicha secretaria, está sujeta a los estudios realizados por la Fiduprevisora y está a la vez, a la normatividad vigente para la liquidación de la pensión. Consideró que no se pueden actualizar sumas inexistentes, es decir, que no se originaron de una causa o fundamento legal, que no existe dentro de lo alegado por el accionante.

### b. FIDUPREVISORA SA.

Guardó silencio.

### c. NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Guardó silencio.

---

<sup>4</sup> Folio 65 y ss.



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

### 3. LA PROVIDENCIA APELADA

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Duitama, puso término a la instancia con sentencia proferida el 29 de agosto de 2014, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda<sup>5</sup>:

*“PRIMERO: DECLÁRESE de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Sogamoso – Secretaria de educación y de la FIDUPREVISORA SA, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: DENIENGASE las pretensiones de la demanda por las razones expuestas.*

*TERCERO: NO CONDENAR en costas, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído (...).”*

En primer lugar, declaró de oficio, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en relación al municipio de Sogamoso y la Fiduprevisora, al considerar que la participación del secretario de educación, no obliga al ente territorial sino a la Nación, por tratarse de la entidad a la cual corresponde la cuenta especial que conforma el FNPSM; circunstancia que igualmente advirtió en relación a la FIDUPREVISORA, pues si bien hace parte de la actuación administrativa, no decidió de fondo la solicitud.

En lo que tiene que ver con el caso puesto a consideración, indicó que de conformidad con el certificado de tiempo de servicios, la docente fallecida laboró al servicio de la educación desde el 28 de septiembre de 1993 hasta la fecha de su deceso, 14 de diciembre de 2008, es decir, que laboró al servicio educativo 15 años, 2 meses y 16 días. Precisó además que la causante laboró al servicio de la Contraloría General de Boyacá entre el 05 de agosto de 1988 hasta el 31 de julio de 1991; esto es, por 2 años, 11 meses y 26 días.

A efecto de resolver el fondo del asunto, examinó, conforme al régimen pensional aplicable a la causante, cuáles serían las alternativas previstas para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a los beneficiarios.

En primer lugar, hizo referencia a la pensión post-mortem 18 años contemplada en el régimen especial y que se encuentra consagrada en el decreto 224 de 1972; habló del contenido de la disposición en relación a los

<sup>5</sup> Folio 147-165



*Demandante: Daniel Hernández Manchay*  
*Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora*  
*Expediente: 156933331702-2012-00063-01*  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

requisitos y condiciones que la misma contempla para el reconocimiento pensional. En tal sentido indico que tienen derecho a la pensión de jubilación post mortem el cónyuge y los hijos menores o incapacitados por invalidez o por estudio, del docente que fallezca sin cumplir con el requisito de edad para pensionarse, pero que haya laborado por lo menos 18 años al servicio de la educación en planteles oficiales.

Así, consideró que los 18 años de que trata la norma en comento, no fueron acreditados por la docente causante al haber laborado, al servicio de la docencia durante 15 años, 2 meses y 16 días, por lo que señaló que bajo dicha previsión normativa no es posible tener en cuenta el tiempo laborado en la contraloría General de Boyacá.

En segundo lugar, hizo referencia a la pensión post-mortem 20 años de servicios contemplada en el régimen general anterior a la ley 100 de 1993, que consagra el reconocimiento de una pensión post-mortem, a favor de algunos miembros del grupo familiar del empleado público o trabajador oficial que falleciere antes de cumplir la edad cronológica requerida para acceder a la prestación, pero que no hubiere completado el tiempo de servicios establecido en la normatividad legal. Conforme a ello, señaló que tienen derecho a la pensión post-mortem por 20 años de servicios, entre otros el cónyuge supérstite o compañero permanente y los hijos menores o incapacitados por invalidez o por razón de sus estudios, del servidor fallecido con anterioridad al cumplimiento de la edad cronológica para acceder a la prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para el efecto en la ley o en convenciones colectivas.

En el presente caso, el tiempo de servicios exigido para acceder a la pensión ordinaria de jubilación por parte del causante era de 20 años continuos o discontinuos, conforme a lo establecido en las leyes 33 y 62 de 1985 y haber cumplido 55 años de edad, normas que le eran aplicables por haber ingresado al servicio público educativo el 23 de septiembre de 1993, es decir, con anterioridad a la expedición de la ley 812 de 2003. Y que como la causante acreditó haber laborado 2 años, 11 meses y 26 días en la Contraloría General de Boyacá y la referida docente tan solo acreditó 15 años, 2 meses y 16 días de servicio educativo, es claro que bajo ese régimen tampoco se cumplen los requisitos para conceder el beneficio pensional de sobrevivientes en favor de su esposo.



*Demandante: Daniel Hernández Manchay*  
*Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora*  
*Expediente: 156933331702-2012-00063-01*  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

Frente al reconocimiento pensional de sobrevivientes con base en las disposiciones de la ley 100 de 1993, hizo referencia a los artículos 46 y 47; concluyendo que resulta más benéfico este régimen, puesto que tan solo exige que el servidor fallecido haya cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años anteriores a su muerte.

Y en tal razón consideró, que de conformidad con la jurisprudencia, de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, y contrario a lo indicado por la administración, era posible la aplicación de las normas contenidas en la ley 100 de 1993, para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al demandante, aun cuando la causante se encontraba amparada por un régimen especial, ello en aplicación del principio de igualdad, favorabilidad, justicia y equidad.

Determinado lo anterior, la *a quo* procedió a analizar el cumplimiento de los requisitos del régimen general a la luz de la sentencia C-336 de 2014. Encontrando que de conformidad al vínculo matrimonial celebrado entre la causante y el accionante, el mismo se encontraba vigente, al no probarse circunstancia diferente en el proceso; al igual, en lo que tiene que ver con la edad del demandante para la fecha del deceso de la docente. No obstante, considero que concomitante con dicho requisito la norma exige que el cónyuge supérstite haya hecho vida marital con la causante durante los 5 años anteriores a su muerte.

Y que de acuerdo al material probatorio, la declaración extrajuicio rendida por el señor Gustavo Ernesto Pedraza Vargas, era insuficiente para corroborar la efectiva convivencia por el tiempo señalado por la norma en mención, en el entendido que la misma debe examinarse en conjunto con otros medios de prueba que obren dentro del proceso y que den cuenta de tal aspecto, lo que no ocurrió en el presente caso, ya que era obligación del demandante acreditar que además de conservar el vínculo matrimonial, demostrar de manera suficiente que convivió e hizo vida marital con la causante, por lo menos dentro de los 5 años anteriores a su muerte, circunstancia que no fue acreditada fehacientemente.



*Demandante: Daniel Hernández Manchay*  
*Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora*  
*Expediente: 156933331702-2012-00063-01*  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

#### 4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>6</sup>

La parte actora presentó recurso de apelación en el que solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

Así consideró que el juez de instancia desconoció el mérito probatorio de la declaración del señor Gustavo Ernesto Pedraza Vargas, al señalar que el mismo no era suficiente para acreditar la convivencia efectiva del demandante con la docente causante, lo que generó desconocimiento de una plena prueba que acredita la convivencia efectiva, la que además, no fue controvertida dentro del plenario ni es nula, ya que la parte contraria tuvo la oportunidad procesal de controvertirla, al haber sido oportunamente conocida por las entidades accionadas así como parte del traslado de la demanda y sus anexos.

De igual forma, considera que se incurre en un error al manifestar que no existen otros medios de prueba, como la partida eclesiástica de matrimonio y el registro civil de matrimonio, acreditando que el vínculo conyugal se encontraba vigente para el momento de la muerte de la docente. Además, del hecho de la procreación de sus dos hijos, lo que hace que no haya duda del vínculo matrimonial y la convivencia, tal como lo exige la ley. Circunstancia que además, era conocida por las demandadas desde el agotamiento de la vía gubernativa, en donde se solicitó la presentación de declaración ante notario sobre la convivencia efectiva de los cónyuges. Además de ello, la entidad demandada no solicitó el testimonio del señor Pedraza o en su defecto el interrogatorio de parte del señor Hernández Manchay, al no haberse ejercido el derecho de defensa.

Precisó que el proceso se rige por las causales de nulidad invocadas en la demanda, conforme a lo cual, se encuentra que el derecho no fue negado en sede administrativa, por inexistencia del vínculo marital y de convivencia, ya que el mismo se probó en dicha sede con documentos requeridos por las entidades demandadas, sino por aplicación de una norma diferente a la que debe regir esta relación. Por ende desde el mismo momento del agotamiento de la vía gubernativa la demandada conoció las pruebas que indican la existencia de la convivencia entre los cónyuges por más de 5 años y hasta el momento del fallecimiento referido. En tal razón, el debate se centra en la normatividad

---

<sup>6</sup> Folio 168-178



*Demandante: Daniel Hernández Manchay*  
*Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora*  
*Expediente: 156933331702-2012-00063-01*  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

aplicable, los otros requisitos se encuentran superados y son de pleno conocimiento de quien expide los actos administrativos demandados. Por lo tanto, de acuerdo a las pretensiones de la demanda, era irrelevante probar el vínculo matrimonial y la convivencia ya que estos hechos no se negaron en la expedición de las dos resoluciones cuestionadas, sino que se negó el derecho debido a que la docente no cumplió los 18 años de servicio docente.

Y en tal razón, no habría motivo para que se negaran las pretensiones de la demanda, basado en la falta de prueba de la convivencia, porque la misma se demostró con plena prueba para esos asuntos y porque el tema se había superado en sede administrativa, acá se discutía la legislación aplicable, por ser el argumento de la decisión en los actos administrativos.

Por otro lado, consideró que el juez como director del proceso tiene como obligación disponer de sus facultades legales para garantizar la efectividad material de los derechos sociales y en tal razón, existiendo incertidumbre sobre unos determinados hechos que se estiman definitivos para la decisión judicial y cuya ocurrencia se infiere razonablemente del acervo probatorio, omite decretar, de forma oficiosa las pruebas que podrían conducir a su demostración. En el presente caso, la juez de primera instancia, lejos de emplear sus facultades jurisdiccionales para buscar la verdad y la justicia efectiva decretando de oficio los elementos que en su sentir, podrían concluir a la verdad, descartó la declaración extra juicio, lo que generó un exceso ritual manifiesto.

De igual forma, invoco una vulneración de derechos constitucionales al debido proceso, seguridad social, mínimo vital, sustitución pensional e igualdad.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la falta de legitimación en la causa por pasiva, declarada de oficio por el juez de instancia, consideró que si bien es cierto la docente se encontraba vinculada al Ministerio de Educación, no es menos cierto que su nombramiento fue realizado por la secretaria de educación de Sogamoso y por mandato legal este ente territorial es el llamado a conceder la pensión. Y que en lo que tiene que ver con la financiación de la pensión esta se imputa no al presupuesto del citado ministerio sino al patrimonio autónomo conformado por el FNPSM, cuyo vocero es la Fiduprevisora y en tal razón, las entidades accionadas tienen cuota de responsabilidad.



*Demandante: Daniel Hernández Manchay*  
*Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora*  
*Expediente: 156933331702-2012-00063-01*  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

## 5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

En tal sentido únicamente se pronunció la parte demandante<sup>7</sup>, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. Para ello, resaltó la acreditación de los 32 años de convivencia del actor con la docente causante y que la misma no debió de ser objeto de análisis por la primera instancia, al comprender el asunto un debate de puros puntos de derecho. No obstante, reiteró que las pruebas obrantes en el expediente sirven para acreditar que el accionante debe ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de su esposa, al haber convivido y haber hecho vida marital desde su matrimonio en mayo de 1976 hasta el fallecimiento de la causante en diciembre de 2008, como lo prescribe el artículo 47 de la ley 100 de 1993.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. CUESTIÓN PREVIA

Revisadas las diligencias, se encuentra que el apoderado de la parte actora promovió incidente de nulidad el 17 de febrero de 2017<sup>8</sup>, invocando al efecto la causal establecida en el numeral 5 del artículo 133 del CGP. En tal sentido indicó, que las pruebas decretadas en segunda instancia, de acuerdo al auto de 28 de abril de 2015, no habían sido incorporadas en su integridad, ya que la entidad oficiada –municipio de Sogamoso- había allegado de manera incompleta los antecedentes administrativos de las resoluciones objeto del proceso. En su criterio hacía falta incorporar varios documentos que sirven de prueba tanto para las pretensiones de la demanda, como para el sustento del recurso de apelación interpuesto en contra del fallo de primera instancia.

De acuerdo a ello, consideró que al decretarse el cierre del debate probatorio, de conformidad con el auto de 29 de junio de 2016 y 01 de febrero de 2017, sin que se hubiese remitido la totalidad de los antecedentes administrativos de los actos acusados, se generaba una omisión de la oportunidad de practicar la prueba completa, circunstancia que ocasionaba la nulidad alegada.

De acuerdo al procedimiento establecido en CCA, frente al recurso de apelación contra sentencia, se encuentra que mediante providencia de 04 de

<sup>7</sup> Folio 490-511

<sup>8</sup> Folio 465 y ss.



*Demandante: Daniel Hernández Manchay*  
*Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora*  
*Expediente: 156933331702-2012-00063-01*  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

febrero de 2015<sup>9</sup> se admitió el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, y dentro del término de ejecutoria, la parte actora solicitó la práctica de pruebas en segunda instancia<sup>10</sup>, petición que fue resuelta a través del auto de 04 de marzo de 2015<sup>11</sup> de manera negativa.

No obstante lo anterior, el apoderado de la parte actora promovió recurso de súplica<sup>12</sup> en contra de la anterior determinación, razón por la cual la Sala de descongestión de esta corporación, a través de la providencia de 28 de abril de 2015<sup>13</sup>, dispuso revocar la anterior determinación y en tal sentido decretó las pruebas solicitadas por la parte actora, ordenando a la secretaria de educación de Sogamoso y a la Fiduciaria la Previsora SA, se allegara copia de los antecedentes administrativos de las resoluciones No 0207 de agosto de 2009 y No 0312 de noviembre del mismo año; disposición que fue cumplida por parte de la secretaria de educación de Sogamoso, constituyendo la razón por la que se dispuso correr traslado para alegar de conclusión en segunda instancia, pues dentro de los antecedentes allegados, se encontraba incluida la declaración extra juicio mencionada por el apoderado.

Bajo tales consideraciones, resulta evidente que en el presente caso no se omitió, conforme al procedimiento establecido en segunda instancia para la apelación de sentencias establecido en el CCA, ninguna de las oportunidades probatorias en que la parte actora, en este caso, pudiese solicitar y en consecuencia decretarse y practicar pruebas, ya que la solicitud que esta parte en su momento elevara, fue atendida de forma favorable al punto que se recaudaron las pruebas solicitadas.

Es decir, que en el presente caso no se privó a las partes de la oportunidad probatoria establecida para la segunda instancia y como se indicó en el proveído de 29 de junio de 2016, a las diligencias han sido allegados antecedentes administrativos de los actos demandados, los que resultan suficientes para resolver el fondo del asunto, siendo la razón por la que se profiere esta decisión.

En consecuencia y al no haber asuntos pendientes que resolver procede la Sala a proferir la decisión de segunda instancia.

<sup>9</sup> Folio 204

<sup>10</sup> Folio 205 y ss

<sup>11</sup> Folio 229

<sup>12</sup> Folio 231

<sup>13</sup> Folio 238



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
 Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
 Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

## 2. PROBLEMA JURÍDICO

En razón al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión de primera instancia, corresponde a esta Sala establecer si es procedente el reconocimiento pensional post-mortem al señor Daniel Hernández Manchay, en su condición de cónyuge de la docente Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.) de conformidad con el régimen general de pensiones establecido en el artículo 46 de la ley 100 de 1993.

## 3. POSICIÓN DE LAS PARTES RESPECTO AL CASO SUB EXÁMINE

### a) Tesis argumentativa propuesta por la *a quo*

Negó las pretensiones de la demanda al considerar que si bien el reconocimiento pensional de sobrevivientes con base en las disposiciones de la ley 100 de 1993, artículos 46 y 47 resulta más benéfico, puesto que tan solo exige que el servidor fallecido haya cotizado 50 semanas dentro de los 3 últimos años anteriores a su muerte, mientras que las disposiciones anteriores exigen un tiempo equivalente a 18 años de servicios en planteles oficiales, para el caso del régimen especial docente o 20 años para el caso del régimen general. Régimen general que en el presente caso es posible aplicar, aun cuando la causante se encontraba amparada por un régimen especial, ello en aplicación del principio de igualdad, favorabilidad, justicia y equidad.

Así consideró que de conformidad al vínculo matrimonial celebrado entre la causante y el accionante, el mismo se encontraba vigente, al no probarse circunstancia diferente en el proceso; al igual, en lo que tiene que ver con la edad del demandante para la fecha del deceso de la docente. No obstante considero que concomitante con dicho requisito la norma exige que el cónyuge supérstite haya hecho vida marital con la causante durante los 5 años anteriores a su muerte. Y que de acuerdo al material probatorio, la declaración extrajuicio que integra las diligencias era insuficiente para corroborar la efectiva convivencia por el tiempo señalado por la norma en mención, en el entendido que la misma debe examinarse en conjunto con otros medios de prueba que obren dentro del proceso y que den cuenta de tal aspecto. Por ello consideró que era obligación del demandante acreditar que además de conservar el vínculo matrimonial, demostrar de manera suficiente que convivió e hizo vida marital con la causante, por lo menos dentro de los 5 años anteriores a su muerte, circunstancia que en su criterio no fue acreditada fehacientemente.



*Demandante: Daniel Hernández Manchay*  
*Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora*  
*Expediente: 156933331702-2012-00063-01*  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

## **b) Tesis argumentativa propuesta por el apelante**

Señala que la decisión de primera instancia debe revocarse, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda. En tal sentido, considera que el juez de instancia desconoció el mérito probatorio de la declaración del señor Gustavo Ernesto Pedraza Vargas, al señalar que el mismo no era suficiente para acreditar la convivencia efectiva del demandante con la docente causante, lo que generó desconocimiento de unan plena prueba que acredita la convivencia efectiva, la que además, no fue controvertida dentro del plenario ni es nula, ya que la parte contraria tuvo la oportunidad procesal de controvertirla, al haber sido oportunamente conocida por las entidades accionadas y ser parte del traslado de la demanda y sus anexos.

Precisó que el debate se centra en la normatividad aplicable, ya que los otros requisitos se encuentran superados y son de pleno conocimiento de quien expide los actos administrativos demandados. Por lo tanto, de acuerdo a las pretensiones de la demanda, era irrelevante probar el vínculo matrimonial y la convivencia ya que estos hechos no se negaron en la expedición de las dos resoluciones cuestionadas, sino que se negó el derecho debido a que la docente no cumplió los 18 años de servicio docente. Y en tal razón, no habría motivo para que se negaran las pretensiones de la demanda, basado en la falta de prueba de la convivencia.

Por otro lado, consideró que el juez, omitió decretar, de forma oficiosa las pruebas que podrían conducir a la demostración de los hechos. Y sin emplear sus facultades jurisdiccionales para buscar la verdad y la justicia efectiva, decretando de oficio los elementos que en su sentir, podrían concluir a la verdad, descartó la declaración extra juicio, lo que generó un exceso ritual manifiesto. De igual forma, invocó una vulneración de derechos constitucionales al debido proceso, seguridad social, mínimo vital, sustitución pensional e igualdad.

En lo que tiene que ver con la falta de legitimación en la causa por pasiva, declarada de oficio por el juez de instancia, consideró que el nombramiento de la docente fallecida fue realizado por la secretaria de educación de Sogamoso y por mandato legal este ente territorial es el llamado a conceder la pensión. Entre tanto, consideró que la Fiduprevisora como vocera del FNPSM tiene cuota de responsabilidad.



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
 Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
 Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

### c) Tesis argumentativa propuesta por la Sala

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda ya que en virtud del principio de favorabilidad, al analizar los requisitos previstos en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de sobrevivientes, no existe duda de la calidad de beneficiario del actor, ya que acredita su condición de cónyuge de la señora Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.), así como que para el momento en que solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión post-mortem contaba con 54 años de edad y su convivencia con la causante era superior a 5 años anteriores a su muerte.

Dirá la Sala que la única declaración extra juicio que fue aportada por la parte actora a efecto de acreditar la convivencia con la causante y que el *a quo* no valoró, además de haber sido allegada con la demanda, fue aportada por la misma entidad demandada, la cual hace parte del expediente prestacional de la docente causante, sin que solicitara su ratificación por parte de la entidad y sin que interpusiera recursos contra el auto que la decretó como prueba en el proceso, por tanto, constituye plena prueba y debe ser valorada como tal.

Por tal razón, reconocerá el derecho pensional, indicando, en lo que se refiere al monto de la pensión a pagar y el ingreso base de liquidación, que la misma deberá seguirse de acuerdo a las prescripciones de los artículos 21 y 48 de la Ley 100 de 1993. Aunado a ello, y en atención a la fecha de fallecimiento de la docente y la reclamación de la prestación, se indicará que no ha operado el fenómeno de la prescripción.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: i) de la pensión de sobrevivientes, ii) del régimen aplicable y el principio de favorabilidad, para finalmente abordar el caso concreto.

#### 4. LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

Para la Ley 100 de 1993, la pensión de sobrevivientes constituye uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social; así lo ha dicho la Corte Constitucional, como en la sentencia C-1094 del 19 de noviembre de 1993, en los siguientes términos:



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

*«La pensión de sobrevivientes constituye entonces uno de los mecanismos instituidos por el legislador para la consecución del objetivo de la seguridad social antes mencionado. La finalidad esencial de esta prestación social es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia<sup>14</sup>, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida del pensionado o afiliado que ha fallecido<sup>15</sup>. Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartía con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades<sup>16</sup>.*

*En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia. Para esa Corporación, “no puede hacerse abstracción del sentido mismo y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes que busca precisamente impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición”<sup>17</sup>.*

*Según lo dispuesto por las normas vigentes, la pensión de sobrevivientes se reconoce tanto en el régimen solidario de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual con solidaridad; para tal efecto, se deben cumplir las exigencias fijadas por el legislador, dentro del ámbito de configuración que le corresponde».*

Del análisis de los regímenes especial y general, se observa que, aunque regulan la misma materia y tienen la misma naturaleza, se presenta una marcada diferencia en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, puesto que el Decreto 224 de 1972 exige la prestación del servicio del docente por más de 18 años, mientras que la Ley 100 de 1993 resulta más benéfica, al requerir 50 semanas de cotización dentro de los tres (3) últimos años anteriores a su muerte.

Así, el artículo 7 del Decreto 224 de 1972 “*Por el cual se señalan las asignaciones de los Rectores o Directores, prefectos y profesores de enseñanza primaria, secundaria y profesional normalista, al servicio del Ministerio de Educación Nacional y se establecen estímulos de diversa índole para los mismos funcionarios*”, previó la pensión de sobrevivientes para el evento en que el causante no haya cumplido el requisito de edad en los siguientes términos:

<sup>14</sup> Al respecto esta Corporación había señalado que el propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes, es la de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. Sentencia C-1176-01, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-002-99, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-080-99

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 17 de abril de 1998, Radicación 10406.



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
 Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
 Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

*“Artículo 7º.-En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años” (sic).*

Por su parte, en el capítulo IV, artículos 46 a 49, reguló el derecho a la pensión de sobrevivientes, así:

*«ARTÍCULO 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:*

*Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento...».*

*«ARTÍCULO 47. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte».*

Por otra parte, se tiene que la Ley 100 de 1993, al crear el Sistema General de Seguridad Social Integral y en lo relativo a pensiones, dispuso que este sería aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, con independencia de que sean públicos o privados, así:

*«ARTICULO. 11.- Modificado por el art. 1, Ley 797 de 2003 Campo de aplicación. El sistema general de pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.*



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

*Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo.*

*Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes».*

Por su parte, se tiene que el Régimen de Seguridad Social en Pensiones empezó a regir a nivel nacional el 1º de abril de 1994, sin embargo en el nivel territorial el mismo cobró vigencia el 30 de junio de 1995, conforme a lo dispuesto en los arts. 150 de la Ley 100 de 1993 y 1º del Decreto 1068 de 1995. A su vez, la Ley 100 de 1993 en su art. 279 dispuso la exclusión de su aplicación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

*«ARTICULO. 279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.*

*Así mismo, se exceptúa a los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida».*

No obstante lo anterior, la Ley 812 del 26 de junio de 2003, terminó con la excepción prevista en el art. 279 de la Ley 100 de 1993 aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para disponer que a partir de su vigencia (diario oficial No. 45.231 del 27 de junio de 2003) los docentes se regían por el sistema de seguridad social en pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, así en su artículo 81 dispuso:

*«ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.*

*Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres».*



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
 Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
 Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

Como según se prevé en el Decreto 224 de 1972, el cónyuge y los hijos menores del docente que fallece sin cumplir el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión de jubilación, tienen derecho a una pensión de sobrevivientes siempre que el causante hubiere cumplido por lo menos 18 años continuos o discontinuos de servicios, la cual es equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente fallecido.

En cambio, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiese cotizado 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento.

En tal sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado en varias ocasiones, al decir:

*«Conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993 gozan del beneficio de la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, invalidez o riesgo común del pensionado que fallezca y los miembros del grupo familiar del afiliado siempre y cuando hubiese cotizado 26 semanas al sistema o que hubiese dejado de cotizar y haya realizado aportes por lo menos durante 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento...»*

(...)

*En este orden de ideas se establece que le régimen general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, en lo que tiene que ver con la pensión de sobrevivientes, es más favorable que el régimen especial contemplado en el Decreto 224 de 1972, en donde se regula la pensión post mortem para el caso de muerte del docente»<sup>18</sup>.*

## 5. DEL RÉGIMEN APLICABLE Y EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

En este sentido, el Consejo de Estado, mediante providencia dictada por la Sección Segunda, Subsección B, en mayo 8 de 2010, reconoció la aplicación del régimen general en seguridad social y el principio de favorabilidad e igualdad, de la siguiente manera:

**“Al comparar la pensión de sobrevivientes que consagra el Régimen General de Seguridad Social con la pensión post mortem 18 años prevista por el Decreto 224 de 1972, se observa que el régimen general, para el caso concreto, es altamente más beneficioso que el especial, en cuanto determina un número de semanas cotizadas**

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 27 de agosto de 2015. Expediente No. 190012333000 2012 00725 01 (1422-2014). Actora: Sulay González de Castro. Demandada: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y otros.



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

*previamente al sistema y no el cumplimiento de tiempo de servicio, circunstancia que limita el acceso al beneficio pensional. En lo que concierne a esta situación de desigualdad, es preciso señalar que los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional y por esta corporación han sido reiterativos en determinar que los regímenes especiales justifican su existencia en cuanto consagren beneficios para los grupos de personas a que se refieren que sean superiores a los del común de la población porque si éstos son inferiores, y no existe causa válida para este tratamiento diferencial, se incurre en una discriminación que deviene injusta y contraria a los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, vulnerando así los mandatos de los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política, que consagran el derecho a la igualdad y se erigen en garantía para la protección de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social”.*

Acorde con los criterios expuestos y su relación con el principio de favorabilidad, se ha definido que el régimen especial en materia de pensión *post mortem* prescrito en el artículo 7° del Decreto 224 de 1972, sólo debe ser aplicado cuando resulte conveniente para el grupo de beneficiarios del docente. Por el contrario, cuando de la aplicación del régimen especial se produce un tratamiento discriminatorio, se ha de privilegiar la aplicación de los enunciados normativos de la Ley 100 de 1993, que da derecho a la pensión de sobrevivientes con requisitos menos onerosos para la condición de la persona que aspira a su reconocimiento.

La determinación del tiempo de servicios adquiere relevancia en el caso de la pensión de sobrevivientes por cuanto de la definición del mismo depende la fijación pensional en proporción de las semanas cotizadas.

Se tiene que el artículo 7° del Decreto 224 de 1972 contiene requisitos más rigurosos que los contemplados en la Ley 100 de 1993, razón por la cual se dará aplicación al régimen más favorable, en este caso el regulado por la ley 100 de 1993, en tanto que esta prevé la condición más favorable para el caso puesto a consideración.

Así lo ha considerado la jurisprudencia constitucional al advertir que la aplicación directa del régimen dispuesto por artículo 7° del Decreto 224 de 1972 sobre el régimen general de la Ley 100 de 1993, que consagra como principios rectores precisamente la universalidad y la solidaridad, conllevaría una afectación que no se compece con los dictados de justicia, ni con los criterios de equidad que deben inspirar al juez en la interpretación de las normas laborales, las cuales en este caso se encuentran encaminadas a mitigar los efectos de la viudez



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
 Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
 Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

o la orfandad y fundamentalmente a procurar el amparo del grupo familiar inmediato del trabajador afiliado fallecido.

Esta postura tiene respaldo en disposiciones constitucionales interpretadas por la Corte Constitucional, que en temas de pensión de sobrevivientes de docentes ha preferido la aplicación del régimen general sobre el especial en aras de garantizar la favorabilidad, los derechos a la igualdad y seguridad social de los beneficiarios del servidor fallecido sin el lleno de los requisitos previstos en el régimen especial, así:

En sentencia T-167 de 2011 consideró:

*«En este caso, la aplicación preferente del régimen especial contenido en el artículo 7º del Decreto 224 de 1972 sobre el régimen general de la Ley 100 de 1993 que consagra como principios rectores precisamente la universalidad y la solidaridad, conllevaría a una afectación que no se compadece con los dictados de justicia, ni con los criterios de equidad que deben inspirar al Juez en la interpretación de las normas laborales, las cuales en éste caso se encuentran encaminadas dentro del marco constitucional vigente a mitigar los efectos de la viudez o la orfandad y fundamentalmente al amparo del grupo familiar inmediato del trabajador afiliado fallecido, como se expresó en párrafos precedentes.*

*Ahora, como lo ha señalado esta Sala en casos similares al que se juzga en este proceso, a la excepción en la aplicación de las normas generales, por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general; lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una Ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad, como ocurre en el caso que se examina, en el cual las previsiones contenidas en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 en cuanto a la pensión de sobrevivientes, resultan más favorables que las prestaciones reconocidas a los docentes bajo la misma contingencia, por lo que la definición del asunto no puede conducir a la decisión adoptada por el Ente demandado, que negó la prestación en aplicación de dicho régimen especial.*

*Sobre el establecimiento de regímenes pensionales especiales, la Corte Constitucional se ha pronunciado, señalando que no puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector. Si bien, tal pronunciamiento fue hecho a raíz de la mesada pensional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 (mesada del mes de junio), los razonamientos que otrora esbozó la Corte resultan perfectamente aplicables al presente caso, en cuanto ellos se refieren a la aplicación de la norma más favorable contenida en el régimen general.*

*Dijo así la Corte en la referida sentencia:*

(...)



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

*Ahora, el mismo artículo 288 de la precitada Ley 100 de 1993 desarrolla e imprime en su contenido la aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad, al prescribir taxativamente lo siguiente:*

(...)

*De lo anterior se concluye con toda claridad que la finalidad de los regímenes especiales es conceder beneficios legales a grupos determinados de trabajadores y no tomarse en un elemento de discriminación para dificultarles el acceso a los derechos mínimos consagrados en la Legislación para la generalidad, lo cual significa, que si el régimen especial resulta ser menos favorable que la norma general, se impone la aplicación de ésta última, por cuanto la filosofía de las regulaciones especiales es precisamente la búsqueda del mayor beneficio para las personas que regula.*

*Admitir lo contrario, sería apartarse del principio de equidad, por cuanto no observa la igualdad y la justicia la existencia de decisiones que nieguen el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a quienes no lograron consolidar 18 años de servicios en una Entidad determinada y que al mismo tiempo subsistan providencias judiciales que concedan dicho beneficio a quienes sólo demuestran cotizaciones por 26 semanas al momento del deceso del causante.*

*Así pues, se harán efectivas las consideraciones anteriormente consignadas al caso que ocupa la atención de la Sala, dejando de lado por razones de equidad las disposiciones del Decreto 224 de 1972, pues sin duda alguna, si se cumplían los requisitos contemplados en el régimen general para acceder a la pensión de sobrevivientes, resulta forzoso concluir, que en aplicación del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, los beneficiarios del docente y en el caso particular su hijo, tenía derecho a la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 100 de 1993».*

## 6. DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS

De conformidad con el expediente administrativo allegado al plenario, resulta viable tener como ciertos los siguientes hechos:

- El señor Daniel Hernández Manchay, nació el 17 de agosto de 1954, por lo que para la fecha de fallecimiento de su cónyuge Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.), 14 de diciembre de 2008, contaba con 54 años de edad<sup>19</sup>.
- El 03 de mayo de 1954, nació la señora Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.), tal como se advierte de la copia de la cedula de ciudadanía y del registro civil de nacimiento que reposa en el expediente<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Folio 13 y 22

<sup>20</sup> Folio 14 y 21.



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
 Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
 Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

- El deceso de la docente causante se produjo el 14 de diciembre de 2008, de acuerdo al registro civil de defunción que reposa a folio 23.
- Los señores Daniel Hernández Manchay y Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.), contrajeron matrimonio el 12 de mayo de 1976, tal como lo acredita el registro civil de matrimonio que conforma las diligencias, así como el acta de matrimonio<sup>21</sup>.
- El director administrativo de la Contraloría General de Boyacá informó que la señora Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.) laboró endicha entidad, durante el periodo comprendido entre 5 de agosto de 1988 al 31 de julio de 1991, en tal sentido, aportó copia de los formatos No 1, 2 y 3 de información laboral<sup>22</sup>.
- De acuerdo al certificado de historia laboral No 059 de 02 de febrero de 2009, se advierte que la docente Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.) laboró al servicio del magisterio por los siguientes periodos:

<i>Plantel educativo</i>	<i>Fecha de inicio</i>	<i>Fecha final</i>
<i>Colegio nacional Sugamuxi</i>	<i>23/09/1993</i>	<i>4/10/1993</i>
<i>Centro de educación especial</i>	<i>05/10/1993</i>	<i>12/03/1998</i>
<i>Técnico bellas artes</i>	<i>13/03/2003</i>	<i>15/01/2006</i>
<i>Integrado Joaquín González Camargo</i>	<i>16/01/2006</i>	<i>13/12/2008</i>

- Los factores salariales que devengó la causante entre 01/01/2003 al 31/12/2008 fueron asignación básica, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad<sup>23</sup>.
- Mediante la resolución No 008 de 13 de enero de 2009, el alcalde municipal de Sogamoso y el Secretario de Educación municipal, retiraron del servicio activo de la planta de personal a la licenciada Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.), por fallecimiento<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Folio 24

<sup>22</sup> Folio 25-28

<sup>23</sup> Folio 31

<sup>24</sup> Folio 36



*Demandante: Daniel Hernández Manchay*  
*Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora*  
*Expediente: 156933331702-2012-00063-01*  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

- El 16 de junio de 2009, el señor Daniel Hernández Manchay solicitó ante el FNPSM el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge<sup>25</sup>
  
- El 25 de agosto de 2009, la secretaria de educación de Sogamoso expidió la resolución No 0207, negando la solicitud de reconocimiento de pensión post-mortem 18 años solicitada por el aquí demandante. El fundamento de la negativa comprendió la falta de acreditación de los 18 años de servicio docente consagrada en la ley 224 de 1972<sup>26</sup>
  
- El 31 de agosto de 2009, el demandante interpuso recurso de reposición en contra de la anterior determinación, solicitando la aplicación del artículo 47 de la ley 100 de 1993 y en tal razón se procediera con el reconocimiento pensional<sup>27</sup>.
  
- El 30 de noviembre de 2009, a través de la resolución No 0312, se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior determinación, confirmando la decisión de negar el reconocimiento pensional, por el no cumplimiento de 18 años de servicio por parte de la docente fallecida y contemplado en el decreto 224 de 1972<sup>28</sup>.
  
- De acuerdo con el reporte de semanas cotizas por la señora Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.), se encuentra que por los siguientes periodos 1984/09/05 hasta 1984/12/31; 1985/01/01 hasta 1985/11/01; 1988/03/09 hasta 1988/07/01; 1994/05/05 hasta 1994/12/31 cotizó un total de 111.2857 semanas<sup>29</sup>.
  
- El 30 de abril de 2012, ante la notaria tercera de Sogamoso, el señor Gustavo Ernesto Pedraza Vargas, realizó declaración extra – procesal en la que manifestó<sup>30</sup>:

*“(…)*

*2) Que conocí de vista trato y comunicación a LILIA ESPERANZA CAMARAGO TORRES (QEPD), quien se identificaba con la cc No 33.448.203 y a DANIEL*

<sup>25</sup> Folio 272

<sup>26</sup> Folio 37

<sup>27</sup> Folio 39-40

<sup>28</sup> Folio 38

<sup>29</sup> Folio 43-44

<sup>30</sup> Folio 46



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
 Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
 Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

*HERNANDEZ MANCHAY, identificado con la cc. 9.518.254, hace más de treinta años aproximadamente en razón a que fuimos y somos amigos.*

*3) que se y me consta que eran casados por lo católico, vivían bajo el mismo techo, en el mismo lechii y el mismo comedor, en forma continua y permanente, desde el 12 de mayo de 1976 fecha de su matrimonio, hasta el 14 de diciembre de año 2008, fecha del fallecimiento de la señora LILIA ESPERANZA CAMARAGO TORRES (QEPD).*

*4) Que de su matrimonio procrearon dos hijos de nombres CAROLINA y DANIEL CAMILO HERNANDEZ CAMARGO, actualmente mayores de edad y mentalmente sanos.*

*5) Que el señor DANIEL HERNANDEZ MANCHAY, no recibe pensión por parte del Estado, ni de ninguna entidad privada”*

- De acuerdo a las diligencias, se encuentra que con el recurso de apelación se allegaron documentos probatorios, los cuales de conformidad con el auto de abril de 2015<sup>31</sup>, se dispuso no tener en cuenta, por no haber sido allegados a las diligencias en la oportunidad probatoria indicada al efecto.

- No obstante en virtud del referido proveído, se tiene que la secretaria de educación municipal de Sogamoso allegó los antecedentes administrativos de las resoluciones 0207 de agosto de 2009 así como de la resolución No 0312 de noviembre de 2009<sup>32</sup>.

## 7. CASO CONCRETO

Se presenta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con la finalidad que se anulen los actos administrativos que negaron el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor del demandante y con ocasión del fallecimiento de su cónyuge Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.) quien prestó sus servicios como docente nacional desde el 23 de septiembre de 1993 hasta el 14 de diciembre de 2008, de forma ininterrumpida.

De acuerdo al fallo de primera instancia, se advierte que el *a quo* negó las pretensiones de la demanda al considerar que el reconocimiento pensional de sobrevivientes con base en las disposiciones de la ley 100 de 1993, artículos 46 y 47 además de resultar más benéfico era procedente; no obstante consideró

<sup>31</sup> Folio 238-241

<sup>32</sup> Folio 252-278



*Demandante: Daniel Hernández Manchay*  
*Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora*  
*Expediente: 156933331702-2012-00063-01*  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

que la parte actora no acreditó fehacientemente que el cónyuge supérstite haya hecho vida marital con la causante durante los 5 años anteriores a su muerte y que de acuerdo al material probatorio, la declaración extrajuicio que integra las diligencias era insuficiente para corroborar la efectiva convivencia por el tiempo señalado por la norma en mención, en el entendido que la misma debe examinarse en conjunto con otros medios de prueba que obren dentro del proceso y que den cuenta de tal aspecto.

Análisis del que difiere la parte actora, al considerar que dicha circunstancia no era objeto de debate en sede judicial, por cuanto la razón principal por la que se negó el reconocimiento pensional obedeció a la falta de cumplimiento del requisito de tiempo de servicios laborado por la causante conforme lo dispuesto por el decreto 224 de 1972, ya que no era tema de discusión la convivencia del demandante con la docente causante. De igual forma, se advierte que dentro del recurso de apelación se invocan más argumentos tendientes a desvirtuar las consideraciones del juez de primera instancia, pero que tienen que ver esencialmente con la posición asumida por el fallador. Así, se hizo referencia al desconocimiento probatorio de las pruebas que integran las diligencias, al exceso ritual manifestó, la vulneración de derechos fundamentales tales como el debido proceso, la seguridad social, mínimo vital e igualdad.

Bajo tales consideraciones, y a efecto de resolver el caso puesto a consideración, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- Que la señora Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.), laboró al servicio del Estado, tanto en la Contraloría General de Boyacá, como al servicio docente. Este último cargo fue desempeñado en el municipio de Sogamoso desde el 23 de septiembre de 1993 hasta 13 de diciembre de 2008, de forma ininterrumpida.
- Conforme al registro civil y al acta de matrimonio, los señores Lilia Esperanza Camargo Torres y Daniel Hernández Manchay contrajeron matrimonio el 12 de mayo de 1976.
- El fallecimiento de la docente se produjo el 14 de diciembre de 2008, razón por la cual la secretaria de educación municipal de Sogamoso, expidió la



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
 Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
 Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

resolución No 008 de 13 de enero de 2009, retirándola del servicio activo de la planta de personal.

- El 16 de junio de 2009, el señor DANIEL HERNÁNDEZ MANCHAY, acudió ante el Fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio solicitando el reconocimiento y pago de una pensión post- mortem 18 años por el fallecimiento de la docente Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.)

Conforme a ello, se encuentra que la entidad accionada negó el reconocimiento pensional en consideración a que no se acreditaba el tiempo de servicios laborado por la docente causante, conforme a la ley 224 de 1972. Así, en el acto administrativo contenido en la resolución No 0207 de agosto de 2009, se indicó:

*“- Que una vez estudiado el expediente y el tiempo de servicios necesario para el reconocimiento de la pensión Post – mortem 18 años y de conformidad con lo indicado por la Fiduprevisora SA, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 del acuerdo 34 de 1998 para obtener derecho al pago de la pensión post-mortem 18 años consagrada en la ley 224 de 1972 se requiere mínimo 18 años o 6.480 días de servicio docente para que proceda a su reconocimiento en este caso la docente tan solo laboró 6.012 días (incluyendo tiempo cotizado al ISS), por lo tanto no hay lugar al reconocimiento de la pensión”*

Consideración que fue reiterada, con ocasión del recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior determinación, en la resolución No 0312 de noviembre de 2009, que resolvió el mismo y en donde se señaló:

*“- Que la normatividad vigente para la liquidación de la pensión Post-Mortem de un docente está establecida en el artículo 7 decreto 224 de 1972.*

- *Que verificados los documentos anexos la docente a la fecha que falleció 14/12/2008 tenía 6.012 días, 15 años, 2 meses y 22 días y conforme lo establecido en el artículo 7º del decreto 224 de 1972 los beneficiarios del educador pueden acceder al reconocimiento de esta prestación siempre y cuando acrediten 18 años o más de servicio y no legan (sic) a cumplir con el requisito de edad, por lo anterior tratándose de una pensión especial según los documentos allegados al expediente la docente no acredita 18 años de servicio”*

Del análisis del recurso de reposición interpuesto, se encuentra que lo que el actor pretendía, tanto en sede administrativa como judicial, era el reconocimiento pensional bajo las previsiones del régimen general de pensiones, contemplado en la ley 100 de 1993, específicamente, conforme lo establece el artículo 46, que exige para su reconocimiento, haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años al deceso. En tal forma se solicitó:



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

*“Por todo lo anterior, solicito muy respetuosamente que se revoque la resolución No 207 de 2009 y en su lugar, se reconozca a mi favor una pensión mensual VITALICIA de sobrevivientes, fundada en el fallecimiento de mi señora esposa LILIA ESPERANZA CAMARGO (qepd), con base en los requisitos consagrados en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, solicito igualmente que con el fin de acrecentar la densidad de cotizaciones, se tengan en cuenta las semanas cotizadas a la Caja de Previsión Social de Boyacá y al Instituto de Seguros Sociales toda vez que en el acto administrativo impugnado solo se tiene en cuenta las cotizaciones al Fondo de Prestaciones del Magisterio y al ISS, siendo que la ley 71 de 1988 y la ley 100 de 1993, permiten la plena acumulación de tiempos públicos al ISS y a las Cajas de previsión del sector oficial”*

Así las cosas, y respecto del régimen aplicable al caso, atendiendo la vinculación de la señora Lilia Esperanza Camargo (q.e.p.d.) al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se tendría que en principio y dada la excepción contenida en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en cabeza de sus beneficiarios, debe tenerse en cuenta las previsiones del artículo 7º del Decreto 224 de 1972.

Disposición que contiene requisitos más rigurosos que los contemplados en la Ley 100 de 1993, razón por la cual se dará aplicación al régimen más favorable, en este caso el regulado por el régimen general de pensiones, en tanto que este prevé la condición más favorable para el actor.

En tal sentido, se procede a efectuar una comparación entre los requisitos del régimen general de pensiones y los del régimen especial de los docentes, de lo cual se deduce, como se indicó, que los del primero resultan ser más benéficos que los del segundo, como se vislumbra a continuación:

LEY 100 DE 1993	DECRETO 224 DE 1972
<p><b>ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.</b> &lt;Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:&gt; Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:</p> <ol style="list-style-type: none"><li>1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,</li><li>2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, <u>siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento</u> y se acrediten las siguientes condiciones:</li></ol>	<p>“Artículo 7º.-En caso de muerte de un docente que aún no haya cumplido el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión, pero que hubiere trabajado como profesor en planteles oficiales <b>por lo menos diez y ocho (18) años continuos o discontinuos</b>, el cónyuge y los hijos menores tendrán derecho a que por la respectiva entidad de previsión se pague una pensión equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el docente al tiempo de la muerte mientras aquel no contraiga nuevas nupcias o el hijo menor cumpla la mayoría de edad y por un tiempo máximo de cinco (5) años.”</p>



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
 Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
 Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

- a) <Literal INEXEQUIBLE>  
 b) <Literal INEXEQUIBLE>

**PARÁGRAFO 1o.** Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

**PARÁGRAFO** 2o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>.

Según se desprende, en el Decreto 224 de 1972, el cónyuge y los hijos menores del docente que fallece sin cumplir el requisito de edad exigido para la obtención de la pensión de jubilación, tienen derecho a una pensión de sobrevivientes siempre que el causante hubiere cumplido por lo menos 18 años continuos o discontinuos de servicios, la cual es equivalente al 75% de la asignación mensual fijada para el cargo que desempeñaba el profesor al tiempo de la muerte. Disposición que no es aplicable a la situación de la docente Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.), pues laboró al servicio de la docencia por espacio de 15 años, 2 meses y 21 días; es decir, sin reunir los requisitos dispuestos en la referida normatividad para que su beneficiario sea acreedor de la pensión de sobrevivientes prevista en la normatividad especial.

En cambio, se tiene que de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, cuya aplicación pretendió la parte actora y aplicó el fallo apelado, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiese cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Así las cosas, se tiene que el tiempo de servicios que ostenta la causante corresponde a 938.571 semanas de cotización por 18 años, 1 mes y 47



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

días, que sin duda alguna y al abrigo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, le otorga el derecho al cónyuge superviviente de percibir la pensión de sobrevivientes allí consagrada.

En tal sentido, ha sido amplia la línea jurisprudencial sentada por nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa en relación con la posibilidad de dar aplicación al régimen general de pensiones sobre el régimen especial en casos en que el primero resulte más benéfico que el segundo, como se sigue:

Así, en providencia del 1º de noviembre de 2012<sup>33</sup>, señaló:

*“... al comparar el régimen general de seguridad social con el Decreto 224 de 1972, para acceder a la pensión de sobrevivientes, se observa que el primero es altamente más beneficioso que el especial, pues, requiere una fidelidad al sistema de 26 semanas, entre tanto el segundo exige que como mínimo la prestación del servicio haya tenido una duración igual a 18 años.*

*Respecto de esta situación de desigualdad, es preciso señalar que los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional y por esta Corporación<sup>34</sup> han sido reiterativos en determinar que los regímenes especiales justifican su existencia en cuanto consagren beneficios para los grupos de personas a que se refieren, es decir, que sean superiores a los del común de la población, porque si éstos son inferiores, y no existe causa válida para este tratamiento diferencial, se incurre en una discriminación que deviene injusta y contraria a los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, vulnerando así los mandatos de los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política, que consagran el derecho a la igualdad y se erigen en garantía para la protección de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social.*

*La Corte Constitucional en sentencia C-461 de 1995<sup>35</sup>, desarrolló los anteriores argumentos de la siguiente forma:...*

*(...)*

*En casos con contornos similares al presente, en los que se evidencia la existencia de dos normas que reglamentan la misma pensión, se ha privilegiado aquella disposición cuyos parámetros garantizan la obtención del derecho en controversia dando aplicación al principio de favorabilidad, pues contraviene la lógica y la equidad que una persona cobijada por un régimen especial, que en principio debería*

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, proferida el 1º de noviembre de 2012, Rad. No. 130012331000200502358 01, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Sentencia de 6 de marzo de 2003, Radicación Número: 13001-23-31-000-2000-0093-01(1707-02), Actora: Hermilda Centeno Mier.

<sup>35</sup> Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
 Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
 Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

*optimizar en mejor medida sus derechos, no se le conceda un beneficio al que sí pueden acceder la generalidad de los ciudadanos<sup>36</sup>...*

(...)

*En conclusión, como la Ley 100 de 1993 resulta ser más favorable que la pensión especial post mortem prevista por el Decreto 224 de 1972, es preciso atender a la interpretación armónica que requiere el artículo 279 del mismo estatuto, y aplicar las disposiciones del régimen general al caso bajo estudio, pues precisamente en virtud del referido principio el operador jurídico en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho debe optar por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios<sup>37</sup>...*

De igual forma, este criterio se ratificó en sentencia del 27 de agosto de 2015<sup>38</sup> en la cual, además se agregó lo siguiente:

*“Conforme al inciso 2° del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los docentes están excluidos de la aplicación del régimen general de pensiones allí previsto, ya que éstos están afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de acuerdo con la Ley 91 de 1989. Sin embargo, la misma normatividad en el artículo 288 dispone lo siguiente:*

*“ARTICULO 288.- Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley y en las leyes anteriores. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta ley” (Se subrayó).*

*Es decir que no obstante que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señala que se exceptúan de la aplicación del régimen general de pensiones los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989 en el artículo 288 se hace una excepción cuando dispone que todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se le aplique cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta ley.*

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia de 21 de junio de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2002-01245-01(5184-03), Actor: Nohora Carmenza Ferro Sánchez.

<sup>37</sup> Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de agosto de 2015, Rad. N° 19001233300020120072501(1422 - 2014), C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

*Significa lo anterior que si bien es cierto que los docentes tienen un régimen especial de prestaciones sociales el cual se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989 también lo es que la Ley 100 de 1993 a pesar de no regularlos en todos los aspectos pensionales tiene aplicación en aquellos casos en que sus disposiciones les sean favorables.”*

Entonces, siguiendo la línea jurisprudencial sentada por nuestro máximo órgano de cierre de lo contencioso administrativo, deduce la Sala que no existe razón para denegar el derecho del demandante a la aplicación del régimen general de pensiones para efectos de analizar la procedencia de su petición, sino que por el contrario, debe darse aplicación a esta por resultarle más favorable.

En todo caso, debe enfatizarse que en virtud del principio de inescindibilidad o conglobamiento, en casos de duda en la aplicación de normas, la escogencia de una de ellas para la resolución de un caso concreto lleva consigo que la norma que se escoja deba emplearse en su integridad y no de manera fraccionada.

Así las cosas, no puede entenderse que para el presente caso se analicen los requisitos de la pensión de sobrevivientes con sustento en el régimen general de pensiones y el orden de beneficiarios y el monto de liquidación de la pensión correspondan al del régimen especial, por lo que para la resolución del caso concreto se tomarán como base las disposiciones de la Ley 100 de 1993 en su totalidad.

Es de indicar que la anterior determinación, de la aplicación del régimen general de pensiones a la condición de la causante, igualmente fue señalada en la sentencia de primera instancia y frente a la misma, no se generó discusión alguna en el recurso de apelación. Siendo que el inconformismo del actor, radicó en el análisis que realizó el *a quo* en relación a la acreditación de la vida marital entre la causante y el demandante, que debe ser superior a 5 años anteriores a su muerte; circunstancia que generó la negativa de las pretensiones y la cual pasa a analizarse.

#### - De la calidad de beneficiario

En primer lugar, dirá la Sala, que contrario a lo sostenido por el apoderado de la parte actora, el juez de primer grado si tenía la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos contemplados en la ley 100 de 1993 a efectos de determinar si el demandante ostenta o no la calidad de beneficiario de la



530

Demandante: Daniel Hernández Manchay  
Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

prestación. Ya que se encontraba en la aplicación de un régimen diferente al que analizó la entidad, conforme al cual, se deben acreditar requisitos disímiles, y por ello debía analizar la circunstancia de la convivencia superior a 5 años, máxime si la disposición bajo la que se hizo el análisis en sede administrativa, no hacía referencia a dicha condición.

Por tanto, resulta procedente el análisis de los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes y que establece el artículo 47 de la ley 100 de 1993, para determinar al beneficiario de la prestación.

Señala la referida disposición que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente que a la fecha de fallecimiento del causante tenga i) 30 o más años de edad y ii) que acredite haber hecho vida marital con el causante no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte. Expresamente indica la norma:

***“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles>***

*<Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

*a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

*b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

*Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

*<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;*

*c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;*

*d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este;*

*e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.*

*PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil."*

Conforme a ello, y en relación al vínculo matrimonial, se encuentra en el presente caso, de conformidad con el registro civil y el acta de matrimonio, que los señores Daniel Hernández Manchay y Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.), contrajeron nupcias el 12 de mayo de 1976.

Por otro lado, y en lo que refiere a la edad del cónyuge supérstite, se tiene que para el 14 de diciembre de 2008, fecha de fallecimiento de la docente causante, el señor Daniel Hernández Manchay, contaba con 54 años de edad, ya que registra como fecha de nacimiento el 17 de agosto de 1954. Por lo que frente a estos requisitos no habría discusión alguna ante su cumplimiento.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la acreditación de la convivencia no menor a 5 años continuos con anterioridad a la muerte de la causante, la parte



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
 Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
 Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

actora allegó, únicamente, la declaración extra juicio rendida por el señor Gustavo Ernesto Pedraza Vargas, quien indicó expresamente:

“(…)

2) *Que conocí de vista trato y comunicación a LILIA ESPERANZA CAMARAGO TORRES (QEPD), quien se identificaba con la cc No 33.448.203 y a DANIEL HERNANDEZ MANCHAY, identificado con la cc. 9.518.254, hace más de treinta años aproximadamente en razón a que fuimos y somos amigos.*

3) *Que se y me consta que eran casados por lo católico, vivían bajo el mismo techo, el mismo lecho y el mismo comedor, en forma continua y permanente, desde el 12 de mayo de 1976 fecha de su matrimonio, hasta el 14 de diciembre de año 2008, fecha del fallecimiento de la señora LILIA ESPERANZA CAMARAGO TORRES (QEPD).*

4) *Que de su matrimonio procrearon dos hijos de nombres CAROLINA y DANIEL CAMILO HERNANDEZ CAMARGO, actualmente mayores de edad y mentalmente sanos.*

5) *Que el señor DANIEL HERNANDEZ MANCHAY, no recibe pensión por parte del Estado, ni de ninguna entidad privada” (negrillas de la Sala)*

En razón a dicho elemento probatorio, el juez de instancia consideró que el mismo no era suficiente para acreditar el hecho que se pretende demostrar, al no encontrarse en las diligencias otro elemento que diera cuenta de la referida circunstancia que se estaba probando, resultando en tal razón insuficiente para corroborar la efectiva convivencia, y constituyendo la razón por la cual negó las pretensiones de la demanda.

En relación a esta exigencia, es del caso tener en cuenta que de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la acreditación de la convivencia entre los cónyuges, por un término superior a 5 años, ha sido requisito para el reconocimiento pensional de sobrevivientes. En tal sentido ha indicado la corporación:

*“[S]on beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad; y si la pensión se causa por muerte del pensionado, «... el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;», por lo que, resulta incontrovertible que con este régimen, en caso de muerte del pensionado, se requiere además que el cónyuge o compañera o compañero permanente acredite que estuvo haciendo vida marital con*



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

*el causante hasta su muerte y que haya convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte. Como se observa, la convivencia constituye una exigencia común entre la pensión de sobrevivientes y la sustitución pensional, en la medida en que esta se reconoce como el derecho que tiene una persona de acceder a la prestación económica que otra recibía, reemplazándola como su titular y, en ambos casos, con referencia a la comunidad de vida exigida por la ley”<sup>39</sup>*

Y en otro pronunciamiento se indicó:

*“[P]ara acceder a la pensión de sobrevivencia, el o la cónyuge o compañera permanente, deberá acreditar el cumplimiento de los siguientes presupuestos: i) Que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y ii) Que convivió con el fallecido, no menos de cinco años continuos con anterioridad a su muerte.”<sup>40</sup>*

Conforme a ello, esta Sala de decisión, encuentra que la declaración extra juicio aportada con la demanda, y como único elemento probatorio que acredita el hecho de la convivencia entre los cónyuges, si constituye una prueba válida para soportar los supuestos que establece la norma a efecto de determinar el beneficiario de la pensión de sobrevivientes, como pasa a verse:

A efectos de la acreditación de este requisito -el de la convivencia- el Consejo de Estado ha aceptado como prueba del mismo, la declaración jurada extra proceso, donde conste la convivencia y su duración, sin hacer más precisiones en torno a esta, expresamente en lo que tiene que ver con el número de declaraciones que deben ser aportadas. Así explícitamente lo ha señalado<sup>41</sup>:

*“En cuanto a las formas de acreditar los diferentes supuestos de hecho en él consignados. Así, en primer lugar se anota que la condición impuesta al cónyuge o compañero o compañera permanente de tener “30 años de edad o más” debe ser acreditada con el respectivo registro civil de nacimiento del interesado. De igual forma, la calidad de cónyuge se certifica únicamente con el registro civil de matrimonio”<sup>42</sup>.*

<sup>39</sup> CONSEJO DE ESTADO; 17001-23-33-000-2014-00271-01; 0450-16; SECCIÓN: SEGUNDA SUBSECCIÓN A; PONENTE : GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ; ACTOR: MARÍA NOELVA VALENCIA MARÍN

<sup>40</sup> CONSEJO DE ESTADO; 76001-23-33-000-2016-01173-01; 4260-17; FECHA : 13/09/2018; SECCIÓN : SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B; PONENTE : SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

<sup>41</sup> CONSEJO DE ESTADO; SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO; SECCIÓN SEGUNDA; SUBSECCION “A”; Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO; Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil once (2011), Radicación número: 76001-23-31-000-2011-1396-01(AC), Actor: NELLY MOSQUERA CASTRO, Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL y CONSEJO DE ESTADO; SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO; SECCIÓN SEGUNDA; SUBSECCIÓN A; Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Bogotá D.C., veintiséis (26) abril de dos mil dieciocho (2018).; Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00428-01(2560-16)

<sup>42</sup> Artículo 101 y siguientes del Decreto 1260 de 1970.



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
 Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
 Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

*Por otro lado, el artículo 4° de la Ley 54 de 1990, estableció que la unión marital de hecho se acredita por medio de escritura pública, acta de conciliación o declaración judicial.*

**Finalmente, el requisito último condiciona la pensión de sobrevivientes al hecho de haber existido vida marital entre el (la) solicitante y el (la) causante durante los 5 años anteriores a su muerte. Al respecto se advierte que, por regla general, la prueba pedida es una declaración jurada extraproceso del requirente y una de un tercero, donde conste la convivencia y su duración.**

**En cuanto a los medios de prueba para demostrar la convivencia marital, la ley no los establece ni los restringe; y según lo dicho por la Corte Constitucional, de acuerdo con una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, se permite cierta libertad probatoria, verificando la idoneidad en cada caso concreto<sup>43</sup>**

Por lo que en tal razón, resulta aceptable como medio de prueba de la convivencia entre los cónyuges, la declaración extra proceso aportada con la demanda. No obstante y para efecto de su valoración, el legislador ha establecido que este tipo de elementos probatorios requieren el cumplimiento de ciertos requisitos para efectos de su validez y perfeccionamiento, como lo es el caso de la ratificación.

En efecto, el Código General del Proceso respecto de los testimonios sin citación de la contraparte, en el artículo 188 señala:

*«[...] Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales podrán recibirse por una o ambas y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración. Este documento, en lo pertinente, se sujetará a lo previsto en el artículo 221.*

*Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse ante notario o alcalde.*

*A los testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo 222. Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor. [...]]»*

A su vez, el artículo 222 del Código General del Proceso, indica:

**«[...] Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite. Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en**

<sup>43</sup> Sentencia T-921 de 2010, Corte Constitucional.



*Demandante: Daniel Hernández Manchay*  
*Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora*  
*Expediente: 156933331702-2012-00063-01*  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

*el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior [... ]»*

De lo anterior se colige que las declaraciones extraprocerales rendidas sin citación de la parte contraria, deben ser ratificadas siempre que la parte contra quien se aduzcan lo solicite expresamente.

Ahora bien, respecto a la ratificación de testimonios, el Consejo de Estado ha señalado<sup>44</sup>, que aún cuando se ha predicado que la validez de las declaraciones extraprocerales allegadas dentro de un proceso judicial se encuentra sujeta a la citación de la parte contraria, a la posterior ratificación de las mismas o a aquellos casos en los que exclusivamente la ley les habilita como prueba sumaria -como garantía procesal que milita a favor de la parte contraria en virtud del derecho de contradicción y de defensa-, éstas pueden ser tenidas en cuenta, en los eventos en que hayan sido de pleno conocimiento de la parte demandada, ya sea desde el agotamiento del procedimiento administrativo, o en la instancia judicial pertinente<sup>45</sup>.

Es decir, que las declaraciones extraprocerales deben ser ratificadas, siempre y cuando se solicite expresamente por la parte contra quien se aduzcan. Así mismo, pueden ser tenidas en cuenta en los eventos en que hayan sido de pleno conocimiento de la parte demandada, ya sea desde el agotamiento del procedimiento administrativo, o en la instancia judicial pertinente.

En el presente caso, se observa que la declaración extraproceraal rendida ante el Notario Tercero de Sogamoso por el señor Gustavo Ernesto Pedraza Vargas, fue aportada al proceso por la entidad demandada y corresponden a los antecedentes administrativos de los actos demandados (folios 250 a 278).

Así mismo, se encuentra que ninguna de las entidades accionadas solicitó su ratificación como lo indica el artículo 222 del Código General del Proceso, ni tachó su falsedad. Por el contrario, fue decretada en el auto de pruebas del 23 de abril de 2014 (folios 111-112), al haber sido igualmente aportada con la

<sup>44</sup> i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 15 de febrero de 2012, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado 11001-03-15-000-2012-00035-00; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, sentencia de 5 de marzo de 2015, Consejero Ponente Ramiro Pazos Guerrero, número interno 37310

<sup>45</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO; SECCION SEGUNDA; SUBSECCION A; Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ; Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017); Radicación número: 81001-23-33-000-2013-0009401(4357-14), Actor: CENEIDA GONZALEZ ALCALDE



*Demandante: Daniel Hernández Manchay*  
*Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora*  
*Expediente: 156933331702-2012-00063-01*  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

demanda, sin que las entidades demandadas interpusieran ningún recurso.

De esta manera, entiende la Sala que el hecho de haberse tenido como prueba en la etapa procesal pertinente, los documentos aportados por la parte demandante, aunado al hecho de haber sido allega por la entidad accionada, y más aún, haberse verificado todas las oportunidades legales para que fueran válidamente controvertidas, sin que se realizara pronunciamiento alguno; constituyen suficientes argumentos para que ésta adquiera plena validez probatoria y deba ser valorada en cuanto a la efectividad e idoneidad de su contenido frente a los hechos que pretenden demostrar y en conjunto con el restante material probatorio.

Determinado que la declaración extra juicio aportada con la demanda y allegada por la entidad como parte del expediente administrativo, constituye plena prueba y debe ser valorada como tal; se procede entonces a su análisis, en conjunto con los demás elementos probatorios. Así, se encuentra que en su declaración el señor Gustavo Ernesto Pedraza Vargas, indicó que los cónyuges Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.) y Daniel Hernández Manchay, convivieron bajo el mismo techo y de forma continua desde mayo de 1976, es decir, desde la fecha de celebración del vínculo matrimonial hasta el fallecimiento de la docente.

Por lo que es dable inferir que los esposos, como consecuencia de su vínculo matrimonial hicieron vida marital desde la realización del vínculo hasta el momento en que falleció la docente. Aunado a ello y de acuerdo al expediente administrativo que integra las diligencias, se puede advertir que la única persona que acudió a solicitar el reconocimiento pensional fue el cónyuge de la docente. Circunstancia que fue reconocida por la entidad accionada en la resolución que negó el reconocimiento pensional en debate, al haber dado trámite de fondo a la misma sin discutir la condición de beneficiario del actor.

De igual forma, considera la Sala importante resaltar que la actuación desplegada por la administración, especialmente por el municipio de Sogamoso, es valorada como un indicio grave en su contra, por haber allegado a las diligencias de forma incompleta el expediente administrativo de los actos acusados (folios 250-278), cuando se le requirió en virtud de la providencia de 28 de abril de 2015. Y que tan solo con ocasión de la acción de tutela promovida por el actor, se allegara la integridad del expediente (folios 291-



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

456) conformado por más de 150 folios, en donde, por demás, se encuentran otros elementos probatorios que demuestran la convivencia marital de los esposos Camargo Torres y Hernández Manchay. Pero que debido a la conducta de la administración, no pueden ser valorados en el presente trámite judicial, por la forma en que fueron incorporadas a las diligencias.

Conforme lo expuesto, considera la Sala que al analizar los requisitos previstos en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de sobrevivientes, no existe duda de la calidad de beneficiario del actor, ya que acredita su condición de cónyuge de la señora Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.), así como que para el momento en que solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión post-mortem contaba con 54 años de edad y su convivencia con la causante era superior a 5 años anteriores a su muerte.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, y en su lugar, accederá a las pretensiones de la demanda, para reconocer la pensión de sobrevivientes al demandante. Confirmando el artículo primero de la decisión, en cuanto a la declaración de falta de legitimación en causa por pasiva tanto del municipio de Sogamoso – Secretaria de Educación y de la FIDUPREVISORA, en la medida que no hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

Ahora, en lo que se refiere al monto de la pensión a pagar y el ingreso base de liquidación, deberán seguirse las prescripciones de los artículos 21 y 48 de la Ley 100 de 1993, los cuales señalan lo siguiente:

***“ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.** Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”*



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
 Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
 Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

**ARTÍCULO 48. MONTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** *El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.*

*El monto mensual de la Pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.*

*En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente Ley.*

*No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley equivalente al 65% del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto.”*

En tal sentido y a efectos del cálculo del monto de la prestación, deberá tenerse en cuenta el tiempo de servicios laborado por la causante, tanto al servicio del magisterio, así como el tiempo laborado en la Contraloría General de Boyacá, frente a los cuales se encuentra que, laboró como docente por un término de 15 años, 2 meses y 21 días, entre tanto, al servicio de la contraloría laboró 2 años, 11 meses y 26 días. Para un total de 18 años, 1 mes y 47 días; término que traducido en semanas corresponde a 938.571. En consecuencia el monto mensual de la pensión total de sobrevivientes que por muerte de la afiliada Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d) le corresponde al señor Daniel Hernández Manchay será igual al 61%.

Semanas cotizadas 938.571	Incremento del 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500)
550	47%
600	49%
650	51%
700	53%
750	55%
800	57%
850	59%
900	61%

Por otro lado, y en lo que tiene que ver con la prescripción de las mesadas pensionales, como quiera que la muerte de la señora Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.) se produjo el **14 de diciembre de 2008** (fl. 23) y la petición para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes fue presentada por el



*Demandante: Daniel Hernández Manchay*  
*Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora*  
*Expediente: 156933331702-2012-00063-01*  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

demandante ante la entidad demandada el **16 de junio de 2009** (fl. 37) mientras que la demanda se presentó el **12 de mayo de 2012**, la Sala infiere que no ha operado el fenómeno de la prescripción, por lo que el derecho pensional del demandante se hará efectivo a partir del 15 de diciembre de 2008, día siguiente al deceso de la docente.

## **8. CONCLUSIÓN**

Por lo expuesto anteriormente, la Sala revocará la sentencia de 29 de agosto de 2014, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, al encontrar que los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes por parte del actor, a saber: la edad, la calidad de cónyuge y la convivencia, convergen. Así, se acreditó su condición de cónyuge de la señora Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.); de igual forma, que para el momento en que solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión post-mortem contaba con 54 años de edad y su convivencia con la causante era superior a 5 años anteriores a su muerte, en atención a que hicieron vida marital desde la realización del vínculo, 1976 hasta el fallecimiento de la docente, en el 2008.

Frente a este último requisito, considera la Sala que la declaración extra juicio con la que se acreditó el supuesto de hecho, y que el *a quo* no valoró, además de haber sido allegada por la parte actora con la demanda, fue aportada por la misma entidad demandada, la cual hace parte del expediente administrativo de la señora Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d), sin que se solicitara su ratificación por parte de la entidad accionada y sin que se interpusiera recursos contra el auto que las decretó, por tanto, constituye plena prueba y debía ser valorada como tal.

En lo que tiene ver con la conducta desplegada por la administración, especialmente por el municipio de Sogamoso, la misma es valorada como un indicio grave en su contra, por haber allegado a las diligencias de forma incompleta el expediente administrativo de los actos acusados (folios 250-278), y que tan solo con ocasión de la acción de tutela promovida por el actor, se allegara la integridad del expediente (folios 291-456); en donde, por demás, se encuentran otros elementos probatorios útiles a efectos de resolver el fondo del asunto, pero que no pueden ser valorados debido a la forma en que los fueron aportados a las diligencias.



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
 Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
 Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

En lo que se refiere a la falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Sogamoso – secretaria de educación y FIDUPREVISORA, se confirmará la decisión de primera instancia, por cuanto no hay duda que el encargado del reconocimiento y pago de la prestación corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

## 9. DE LAS COSTAS

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, se condenará a la parte demandada –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- por resultar vencida en el proceso, al revocarse la sentencia de primera instancia<sup>46</sup>. Para tal efecto, la primera instancia efectuará su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, conforme al artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 5 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** el numeral primero de la sentencia del 29 de agosto de 2014 proferida por el Juzgado Primero administrativo de descongestión de Duitama.

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral segundo de la sentencia del 29 de agosto de 2014 proferida por el Juzgado Primero administrativo de descongestión de Duitama, el cual quedará así:

*“SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones No 0207 de agosto de 2009 y 312 de noviembre de 2009, suscritos por la secretaria de educación de Sogamoso, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

*TERCERO: CONDÉNASE a título de restablecimiento del derecho al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar al señor Daniel Hernández Manchay en su condición de cónyuge de la docente Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.), una pensión*

<sup>46</sup>C. G. P. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

(...)



Demandante: Daniel Hernández Manchay  
Demandado: Alcaldía de Sogamoso y Fiduciaria la Previsora  
Expediente: 156933331702-2012-00063-01  
**Nulidad y restablecimiento del derecho**

*de sobreviviente a partir del 15 de diciembre de 2008, equivalente al 61% del ingreso base de liquidación que corresponde a la sumatoria de la totalidad de ingresos sobre los cuales cotizó la docente Lilia Esperanza Camargo Torres (q.e.p.d.) durante su vinculación al sector docente.*

*Las sumas que se reconozcan a favor del demandante será ajustada en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:*

$$R = R.h \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

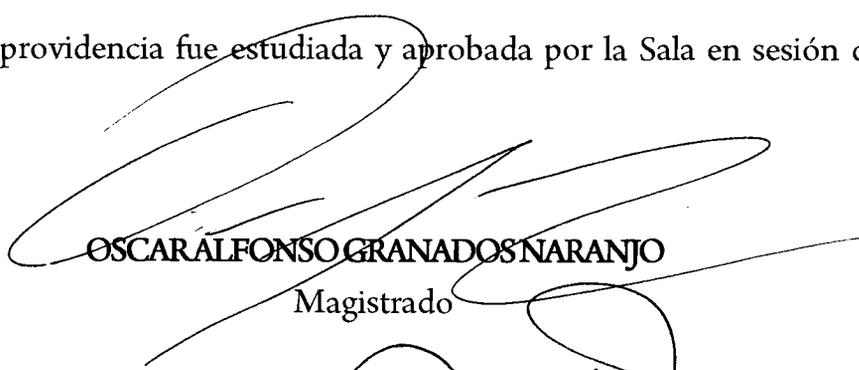
*En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de la pensión de sobrevivientes hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período”*

**TERCERO: CONDENAR** en costas en segunda instancia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para tal efecto, la primera instancia efectuará su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, conforme al artículo 366 del CGP.

**TERCERO:** Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

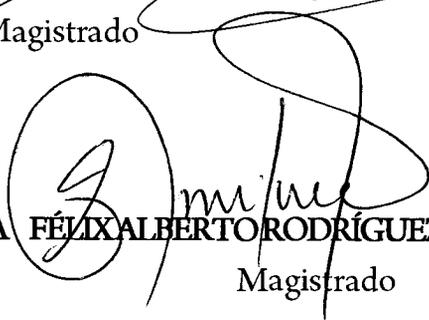
  
**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**

Magistrado

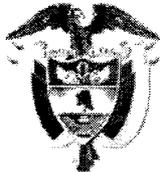
*Ausente Con Permiso*

**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

Magistrado

  
**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

Magistrado



Libertad y Orden

# *Tribunal Administrativo de Boyacá*

## *Secretaria*

# **EDICTO**

LA SUSCRITA SECRETARIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, POR EL PRESENTE NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA EN:

CLASE DE ACCIÓN:	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
RADICADO:	<b>156933331702201200063-01</b>
DEMANDANTE:	<b>DANIEL HERNANDEZ MANCHAY</b>
DEMANDADOS:	<b>MUNICIPIO DE SOGAMOSO - FIDUCIARIA LA PREVISORA - FNPSM</b>
MAGISTADO PONENTE:	<b>DR. OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO</b>
FECHA DE LA DECISIÓN:	<b>27 DE FEBRERO DE 2019</b>

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA ANTERIOR SENTENCIA, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LUGAR PUBLICO DE LA SECRETARIA POR EL TÉRMINO LEGAL DE TRES (3) DÍAS HÁBILES, HOY **07 DE MARZO DE 2019** A LAS 8:00 A.M.



*Claudia Lucia Rincón Arango*

*Secretaria*

CERTIFICO: QUE EL PRESENTE EDICTO PERMANECIÓ FIJADO EN LUGAR PÚBLICO DE LA SECRETARÍA DEL TRIBUNAL, POR EL TÉRMINO EN ÉL INDICADO, Y SE DESFIJA HOY **11 DE MARZO DE 2019** A LAS 5:00 P.M.



*Claudia Lucia Rincón Arango*

*Secretaria*